Sygn. akt: KIO 330/22

WYROK

z dnia 22 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2022 r. przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) DSV Air & Sea Sp. z o.o. (lider); 2. Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o., Grabiszyńska 241, 53-234 Wrocław; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ożarowska 40/42, 05-850 Duchnice w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - 1 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Ciasna 7, 78-600 Wałcz

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) DSV Air & Sea Sp. z o.o. (lider);

2. Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o., Grabiszyńska 241, 53-234 Wrocław; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ożarowska 40/42, 05-850 Duchnice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

Konsorcjum Firm: 1) DSV Air & Sea Sp. z o.o. (lider); 2. Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o., Grabiszyńska 241, 53-234 Wrocław; z adresem

dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ożarowska 40/42, 05-850 Duchnice

tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców Konsorcjum Firm: 1) DSV Air & Sea Sp. z o.o. (lider); 2. Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o., Grabiszyńska 241, 53-234 Wrocław; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ożarowska 40/42, 05-850 Duchnice na rzecz Skarbu Państwa - 1 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Ciasna 7, 78-600 Wałcz kwotę 5 275 zł 44 gr (słownie: pięć tysiące dwieście siedemdziesiąt pięć złotych czterdzieści cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków strony i pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 330/22

Postępowanie celu zawarcia umowy ramowej na świadczenie usług transportu

drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych, nr sprawy: 15/2021 - zadanie nr 1, 2 i 3, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.04.2021 r. pod nr 2021/S 079-204551 przez Skarb Państwa - 1 Regionalna Baza Logistyczna, ul. Ciasna 7, 78-600 Wałcz zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.), zwana dalej: „NPzp" albo „ustawy Pzp" albo „PZP".

W dniu 28.01.2022 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 NPzp. Stwierdził: „(...) zawiadamiam, że postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na zawarcie umowy ramowej na świadczenie usługi transportu drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych RP, nr sprawy 15/2021 (zadanie nr 1, 2 i 3), zostało unieważnione na podstawie przepisów art. 255 pkt 3 Pzp, ponieważ oferty z najniższą ceną przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. (...) W postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na zawarcie umowy ramowej na świadczenie usługi transportu drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych RP, nr sprawy 15/2021, Zamawiający wymagał wykonania usługi w zakresie:

- transportu drogowego nienormatywnego SpW powyżej 35 do 70 ton (zadanie nr 1)

- transportu drogowego nienormatywnego SpW do 35 ton (zadanie nr 2)

- transportu drogowego środków zaopatrzenia (zadanie nr 3).

Zamawiający w celu oszacowania wartości zamówienia w ramach umowy ramowej, zaprosił potencjalnych Wykonawców do złożenia oferty cenowej. W oparciu o przedstawione oferty cenowe Zamawiający przeliczył wartości wykonania usługi transportem drogowym sprzętu wojskowego za 1 km, które przedstawiają się następująco:

Zadanie nr 1: Usługa w zakresie transportu drogowego nienormatywnego SpW powyżej 35

do 70 ton

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie RP:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 35,61 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 43,05 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 50,43 zł

Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 38,13 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie krajów UE:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 40,90 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 55,66 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 64,27 zł

Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 46,43 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie krajów Europy z poza UE:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 45,51 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 60,27 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 68,88 zł

Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 51,05 zł

Zadanie nr 2: Usługa w zakresie transportu drogowego nienormatywnego SpW do 35 ton

Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie RP:

Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 12,10 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 19,48 zł

Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 12,10 zł

Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 19,07 zł

Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 27,84 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie krajów UE:

Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 14, 15 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 23,58 zł

Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 14,15 zł

Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 21,94 zł

Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 30,55 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie krajów Europy z poza UE:

Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 18,04 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 33,83 zł

Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 18,04 zł

Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 25,83 zł

Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 33,62 zł

Zadanie nr 3: Usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie RP:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 11,28 zł

Kontener 40' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 13,12 zł

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie bajów UE:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 12,67 zł

Kontener 40' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 15,07 zł

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie bajów Europy z poza UE:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 15,83 zł

Kontener 40' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 17,86 zł

Biorąc powyższe pod uwagę (wartości szacunkowe za 1 km i szacunkowe potrzeby transportu drogowego realizowane w ramach przyszłej umowy ramowej), Zamawiający dokonał przeliczenia wartości szacunkowej zamówienia i w związku z tym, zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 10 061 400,30 zł brutto, w tym: zadanie nr 1 - 5 166 000,00 zł brutto zadanie nr 2 - 2 521 499,70 zł brutto zadanie nr 3 - 2 373 900,60 zł brutto.

W niniejszym postępowaniu Wykonawcy zaproszeni do złożenia ofert ramowych zobowiązani byli do wskazania w formularzu ofertowym cen jednostkowych m I kilometr (zł/km) w każdym zadaniu odrębnie. Oferty Wykonawców przedstawiają się następująco: I. Oferta ramowa złożona przez K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.T.

MAXI - CARGO, ul. Nowowiejska 28, 62 - 200 Swarzędz:

Zadanie nr 1: Usługa w zakresie transportu drogowego nienormatywnego SpW powyżej 35 do 70 ton

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie RP:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 5 166,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 5 535,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 6 150,00 zł

Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 5 166,00 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie krajów UE:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 172,20 zł
Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 184,50 zł
Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 209, 10 zł
Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 172,20 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie krajów Europy

z poza UE:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 140,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 150,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 170,00 zł

Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 140,00 zł

Zadanie nr 2: Usługa w zakresie transportu drogowego nienormatywnego SpW do 35 ton
Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie RP:

Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 3 198,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 3 690,00 zł

Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 3 198,00 zł

Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 3 444,00 zł

Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 3 690,00 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie krajów UE:

Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 86, 10 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 110,70 zł

Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 86,10 zł

Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 98,40 zł

Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 110,70 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie bajów Europy z poza

Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 70,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 90,00 zł

Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 70,00 zł

Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 80,00 zł

Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 90,00 zł

Zadanie nr 3: Usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie RP:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 1 230,00 zł
Kontener 40' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 1 230,00 zł

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie krajów UE:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 36,90 zł

Kontener 40' do 15 ton cena jednostkowa brutto 36,90 zł

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie krajów Europy z poza UE:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 30,00 zł
Kontener 40' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 30,00 zł

2. Oferta ramowa złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DSV AIR&SEA Sp. z o. o., ul. Ożarowska 40/42, 05 — 850 Duchnice i „BUS MARCO POLO WRATISLAVIA 1992” sp. z o. o., ul. Grabiszyńska 241, 53 - 234 Wrocław:

Zadanie nr 1: Usługa w zakresie transportu drogowego nienormatywnego SpW powyżej 35 do 70 ton

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie RP:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie krajów UE:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW pow. 35 do 70 ton na terenie krajów Europy z poza UE:

Pojazd gąsienicowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 45 do 60 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 60 do 70 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy pow. 35 do 45 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Zadanie nr 2: Usługa w zakresie transportu drogowego nienormatywnego SpW do 35 ton

Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie RP:

Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie hajów UE:

Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Transport drogowy nienormatywnego SpW do 35 ton na terenie krajów Europy z poza UE:
Pojazd gąsienicowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł
Pojazd gąsienicowy pow. 15 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł
Pojazd kołowy do 15 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł
Pojazd kołowy pow. 15 do 25 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł
Pojazd kołowy pow. 25 do 35 ton — cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Zadanie nr 3: Usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie RP:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Kontener 40' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie krajów UE:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Kontener 40' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Transport drogowy środków zaopatrzenia na terenie krajów Europy z poza UE:

Kontener 20' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Kontener 40' do 15 ton - cena jednostkowa brutto 24 600,00 zł

Zamawiający w ramach przedmiotowego zamówienia planował zlecanie transportu sukcesywnie, w miarę potrzeb przez cały okres obowiązywania umowy. Taki był cel zawarcia umowy ramowej. Tymczasem przy cenach zaproponowanych przez Wykonawców planowana kwota na poszczególne zadania nie wystarczyłaby nawet na jeden transport (w przypadku oferty złożonej przez konsorcjum firm: DSV AIR&SEA sp. z o. o. i „BUS MARCO POLO WRATISLAVIA 1992" Sp. z o. o.), w przypadku natomiast oferty złożonej przez K.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.T. MAXI — CARGO, wystarczyłaby zaledwie na jeden transport. Przykładowo przy zleceniu przez Zamawiającego transportu drogowego nienormatywnego SpW powyżej 35 do 70 ton na terenie krajów EU wynagrodzenie za transport na odległość 1500 km przy cenie zaproponowanej przez konsorcjum finn: DSV AIR&SEA sp. z o. o. i „BUS MARCO POLO WRATISLAVIA 1992" Sp. z o. o. wyniosłoby 36 900 000,00 zł (24 600,00 zł x 1500 km). Kwota ta o ponad 30 000 000,00 zł przekroczyłaby kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie

zadania 1 i o ponad 26 000 000,00 zł przekraczałaby kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całego umówienia.

W przypadku postępowania realizacyjnego Zamawiający zaprosiłby Wykonawców do złożenia ofert realizacyjnych. Wykonawcy składając oferty realizacyjne mogą zaoferować ceny dokładnie takie same, jak w ofercie ramowej i wówczas Zamawiający nie ma podstaw prawnych do kwestionowania tych cen i jest zobowiązany zawrzeć umowę realizacyjną z tym

Wykonawcą, którego oferta jest korzystniejsza. Wykonawcy nie mają jednak obowiązku składania ofert realizacyjnych, więc nie można wykluczyć sytuacji, w której wpłynęłaby tylko jedna oferta i to z ceną najwyższą.

Nadto Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest do przestrzegania zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków. Zawarcie umowy ramowej z cenami, które znacznie odbiegają od cen rynkowych, co w rezultacie prowadzi do znacznego przekroczenia kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie leży w interesie Zamawiającego — Skarbu Państwa.

Mając powyższe na uwadze bezcelowym byłoby zawarcie umowy ramowej z cenami wnikającymi ze złożonych w niniejszym postępowaniu ofert ramowych, ponieważ byłoby to sprzeczne z celem jakim kierował się Zamawiający wszczynając postępowanie ramowe mające zabezpieczyć usługi transportu na okres jednego roku.

W związku z powyższym zgodnie z art. 255 pkt 3 PZP Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na zawarcie umowy ramowej na świadczenie usługi transportu drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych RP obie złożone oferty przewyższają kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. (...)".

Dnia 07.02.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 28.01.2022 r. złożyli wykonawcy: Konsorcjum Firm:

1) DSV Air & Sea Sp. z o.o. (lider); 2. Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o., Grabiszyńska 241, 53-234 Wrocław; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Ożarowska 40/42, 05-850 Duchnice (dalej jako: „Konsorcjum DSV" albo „Odwołujący"). Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 3 PZP poprzez jego bezzasadne zastosowanie, a w konsekwencji unieważnienie postępowania, podczas gdy zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, podczas gdy w niniejszej sytuacji mamy do czynienia z czynnością dokonaną w ramach postępowania o zawarcie umowy ramowej, a nie postępowaniem o udzielenie konkretnego zamówienia.

W związku z powyższym wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez KIO niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania,

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z 28.01.2022 r. polegającej na unieważnieniu postępowania,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem pozostaje usługa transportu drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów Działu VI PZP, tj. zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie Ogłoszeniem o Zamówieniu oraz zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia („SWZ"). Postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej na świadczenie usługi transportu

drogowego na potrzeby Sił Zbrojnych RP z podziałem na3 zadania:

1) Zadanie nr 1 Usługa w zakresie transportu drogowego nienormatywnego SpW powyżej 35 do 70 ton;

2) Zadanie nr 2 Usługa w zakresie transportu drogowego nienormatywnego SpW do 35 ton;

3) Zadanie nr 3 Usługa w zakresie transportu drogowego środków zaopatrzenia.

W rozdziale XVI SWZ opisał sposób obliczenia ceny, rozróżniając tym samym dwie ceny. Pierwsza to cena oferty ramowej zdefiniowana jako suma cen jednostkowych (z uwzględnieniem podatku VAT) całego zakresu usługi dla której prowadzone jest postępowanie o zawarcie umowy ramowej. Druga to cena oferty realizacyjnej, składanej w wyniku zaproszenia Zamawiającego, jest sumą wartości brutto całego zakresu usługi będącej przedmiotem zamówienia, określonego w formularzu ofertowym, który stanowić będzie załącznik do zaproszenia i powinna obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania usługi będącej przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu na etapie postępowania o zawarcie umowy ramowej, która uwzględniała cenę oferty ramowej. W dniu 28.01.2022 r. Zamawiający opublikował i przekazał Odwołującemu informację, w której wskazał, że na podstawie art. 255 pkt 3 PZP unieważnia postępowanie. Wobec powyższej czynności Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie, którego szczegółowe uzasadnienie znajduje się w dalszej części pisma.

Niezasadność zastosowania art. 255 pkt 3 PZP

Zaznaczył, że u podstaw decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania legło błędne zinterpretowanie normy wyrażonej w art. 255 pkt 3 PZP. Jak bowiem wynika z treści powyższego przepisu zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 7 pkt. 18 PZP po pojęciem „postępowania o udzielenie zamówienia" należy rozumieć postępowanie(...) prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty i kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niemniej jednak, postępowanie, które prowadzi Zamawiający dotyczy nie „udzielenie zamówienia", ale zawarcia umowy ramowej, która w art. 7 pkt. 26 PZP definiowana jest jako umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Wskazał za doktryną:

„Postępowanie prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi do udzielenia zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w wyniku czego zamówienie zostaje zrealizowane. Natomiast w wyniku postępowania prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej zawierana jest właśnie umowa ramowa, która dopiero reguluje zasady udzielania zamówień." (komentarz do art. 311 PZP - Prawo zamówień publicznych. Komentarz. re. M. Jaworska, wyd. 2, 2021). „Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi do udzielenia zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w wyniku czego zamówienie zostaje zrealizowane. Natomiast w wyniku postępowania w celu zawarcia umowy ramowej zawierana jest umowa ramowa, która dopiero reguluje zasady udzielania pojedynczych zamówień." (komentarz do art. 422 PZP - Prawo zamówień publicznych. Komentarz. re. M. Jaworska, wyd. 2, 2021). Czynność unieważnienia postępowania została dokonana przez Zamawiającego w toku postępowania na zawarcie umowy ramowej, a nie postępowanie o udzielenie zamówienia. Skoro samo postępowanie zmierzające do zawarcia umowy ramowej nie jest „postępowaniem o udzielenie zamówienia", to w związku z powyższym, przepis art. 255 pkt 3 PZP nie znajduje

zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym. W konsekwencji, przekroczenie kwoty,

którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (budżetu Zamawiającego) w postępowaniu na etapie zawierania umowy ramowej nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej. Postępowaniem o udzielenie zamówienia będzie dopiero postępowanie prowadzone z udziałem wykonawców z którymi została zawarta umowa ramowa, a którego celem będzie

udzielenie zamówienia lub zamówień realizacyjnych tj. zawarcie umowy lub umów dotyczących realizacji konkretnej i skwantyfikowanej usługi transportu drogowego.
Odniesienie do uzasadnienia decyzji Zamawiającego

Jak wynika z uzasadnienia decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający stoi na stanowisku, iż zaproponowane przez wykonawców (zarówno przez Odwołującego jak

i przez drugiego z wykonawców biorących udział w postępowaniu) ceny jednostkowe wielokrotnie przekraczają ceny jednostkowe oszacowane przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. W konwekcji, Zamawiający obawia się, że ceny wskazane w ofertach na zawarcie umowy ramowej nie pozwolą na realizację zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania odniósł się m.in. do następujących kwestii: „Przykładowo przy zleceniu przez Zamawiającego transportu drogowego nienormatywnego SpW powyżej 35 do 70 ton na terenie krajów EU wynagrodzenie za transport na odległość 1500 km przy cenie zaproponowanej przez konsorcjum firm: DSV AIR&SEA Sp. z o. o. i „BUS MARCO POLO WRATISLAVIA 1992" Sp. z o. o. wyniosłoby 36 900 000,00 zł (24 600,00 zł x 1500 km). Kwota ta o ponad 30 000 000,00 zł przekroczyłaby kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zadania 1 i o ponad 26 000 000,00 zł przekraczałaby kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całego zamówienia". Wskazał również, że „Mając powyższe na uwadze bezcelowym byłoby zawarcie umowy ramowej z cenami wynikającymi ze złożonych w niniejszym postępowaniu ofert ramowych, ponieważ byłoby to sprzeczne z celem jakim kierował się Zamawiający wszczynając postępowanie ramowe mające zabezpieczyć usługi transportu na okres jednego roku.".

Zamawiający zapomina, iż ceny wskazane w ofercie na zawarcie umowy ramowej stanowią ceny maksymalne. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że cena za 1 kilometr w ofercie na umowę ramową jest wysoka, ponieważ na tym etapie nie są znane szczegółowe założenia dotyczące przedmiotu zamówienia w postępowaniu, cena z oferty ramowej uwzględnia więc ryzyka związane z brakiem znajomości dokładnego zakresu zamówienia, który będzie znany dopiero na etapie postępowania zmierzającego do zawarcia umowy realizacyjnej. Przykładowo Odwołujący wskazuje, że brak jest informacji o minimalnej długości trasy, w związku z czy mnie można wyliczyć dokładnego kosztu dziennego zestawu wraz z kierowcą oraz zużycia paliwa. Nie można również odnieść się do kosztów mobilizacji i demobilizacji zestawu transportowego oraz kosztu pracy urządzeń załadunkowych, z uwagi na brak danych dotyczących potencjalnego miejsca podjęcia i dostawy oraz informacji o ładunku, które pozwoliłyby na precyzyjną wycenę. Istotne znaczenie dla wyliczenia kosztów mają również wymiary ładunku, których Zamawiający nie wskazał, a które wpływają na zezwolenia transportowe dla ładunku, ewentualnie ładunku ponadgabarytowego.

Uniemożliwiona była również wycena ubezpieczenia ładunku, bowiem nie wskazano wartości ładunków, których ubezpieczenie miałoby dotyczyć. W związku z konstrukcją ceny w postępowaniu i braku szczegółowych danych dotyczących usługi, podana została cena za kilometr w oparciu o teoretyczny, najbardziej wymagający scenariusz opierający się na transporcie na dystans jednego kilometra, dla jednego zestawu transportowego, o najwyższej estymowanej wartości ubezpieczeniowej oraz z kosztem użycia specjalistycznego sprzętu załadunkowego. Większość składowych ceny dotyczy pojedynczego transportu. Podkreślić należy, że w przypadku większego dystansu cena za kilometr ulega znacznej redukcji, np. na odcinku 100 km stawka transportowa per km zmaleje blisko 100 razy. Dlatego też, cenę podaną w umowie ramowej należy uznać za cenę teoretyczną, która została skonstruowana w celu zabezpieczenia nieznanych na obecnym etapie parametrów i ryzyk wykonawcy. W przypadku umów wykonawczych ceny będą opierały się na sprecyzowanych wymaganiach, sformułowanym w zapytaniu ofertowym skierowanym do wykonawców. Tak jak zostało wskazane powyżej, dopiero na etapie umów wykonawczych będzie wiadomo jaki konkretnie jest zakres zamówienia w postępowaniu, co pozwoli na skalkulowanie ceny konkretnego zamówienia w oparciu o konkretne warunki dotyczące zamówienia realizacyjnego, a w konsekwencji z całą pewnością ceny oferowane przez Odwołującego za kilometr będą dużo niższe. Zamawiający nie określił bowiem w sposób precyzyjny zakresu zamówienia, co wiązało się z koniecznością uwzględnienia wielu ryzyk w kalkulacji ceny oferty ramowej.

Konkurencyjność cen

Kolejnym aspektem w zakresie ceny, jest fakt, że w postępowaniu oferty złożyli dwaj wykonawcy - Odwołujący oraz K.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K.T. MAXI - CARGO (adres: ul. Nowowiejska 28, 62 - 200 Swarzędz), co dodatkowo wpłynie na konkurencyjność cen w postępowaniu, bowiem udział konkurencyjnego podmiotu wymusi niejako obniżenie ceny oferowanej przez Odwołującego.

Przypomniał, że Zamawiający na podstawie art. 135 ust. 6 PZP udzielił wyjaśnień dotyczących treści SWZ. I tak, w odpowiedzi na pytanie nr 15 (zestaw pytań i odpowiedzi z 16.12.2021 r.) Zamawiający poinformował, iż w przypadku złożenia ważnych i skutecznych ofert przez obydwu Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, Zamawiający zawrze jedną umowę ramową z obydwoma Wykonawcami. Jednocześnie, zgodnie z § 2 ust. 4 umowy ramowej: „Wykonanie usług transportu drogowego następować będzie na podstawie „umów realizacyjnych" zawieranych między Zamawiającym i jednym z Wykonawców będących stronami umowy ramowej w okresie jej obowiązywania. Wyboru wykonawcy dokona Zamawiający w drodze konkurencji, tj. poprzez zapytanie ofertowe

w formie skierowanego do Wykonawców będących stronami umowy ramowej

„Zapotrzebowania na transport drogowy". Przewozy transportem drogowym wykonywane będą zgodnie z warunkami określonymi w umowach realizacyjnych." W konsekwencji, konkurencja występująca pomiędzy wykonawcami - stronami umowy ramowej - również wymusza obniżenie ceny w odniesieniu do konkretnego zamówienia realizacyjnego.

Cena maksymalna

Ponadto, ceny wskazane w ofercie na umowę ramową to ceny „maksymalne" za daną usługę. Wskazać należy, że dla usług w ramach umowy wykonawczej wykonawcy będą oferować znacznie niższe ceny, na co wpływ będą miały warunki zamówienia realizacyjnego, które Zamawiający skonkretyzuje w zapytaniu ofertowym zmierzającym do udzielenia zamówienia (zawarcia umowy realizacyjnej), a które są nieznane jednak na obecnym etapie postępowania. Na tę kwestię zwrócił z resztą uwagę sam Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 16 (zestaw z 16.12.2021 r.): „wykonawca winien skalkulować cenę uwzględniającą ewentualną konieczność załadunku/rozładunku. Cena podana w ofercie ramowej jest ceną maksymalną, której Wykonawca nie może przekroczyć składając ofertę w postępowaniu realizacyjnym. Zamawiający powiadomi Wykonawcę w zaproszeniu do składania ofert realizacyjnych o ewentualnej potrzebie załadunku i rozładunku, o ile zajdzie taka potrzeba. Wykonawca zatem będzie posiadał wiedzę czy załadunek i rozładunek będą konieczne i będzie miał możliwość skalkulowania ceny usługi w ofercie realizacyjnej.". W odniesieniu do powyższego Odwołujący przygotował ofertę, którą złożył w toku postępowania na umowę ramową, w sposób bardzo zachowawczy i pozwalający zmitygować ryzyko niedoszacowania budżetu na etapie umowy ramowej, co mogłoby wpłynąć na niemożliwość realizacji umowy wykonawczej. Cena wskazana w ofercie Odwołującego jest, zgodnie z zaleceniami Zamawiającego, ceną maksymalną uwzględniającą wszelkiego rodzaju ryzyka, nieznane na etapie złożenia oferty w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

Podsumowanie

Reasumując, Zamawiający bezzasadnie unieważnił postępowanie wskazując jako podstawę prawną art. 255 pkt 3 PZP, uzasadniając swoją decyzję faktem, że oferty złożone w postępowaniu z najniższą ceną przewyższają kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednak zgodnie z powyższą argumentacją, czynność unieważnienia została dokonana w toku postępowania o zawarcie umowy ramowej, a nie postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego przepis art. 255 pkt 3 PZP nie znajduje zastosowania i nie może być podstawą unieważnienia postępowania. Ponadto, Zamawiający wskazał, że Odwołujący skalkulował cenę oferty ramowej, tak że przewyższa ona w znaczny sposób budżet Zamawiającego. Jednakże, Odwołujący szacując cenę musiał uwzględnić wiele aspektów niesprecyzowanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Wydaje się, że Zamawiający miał pełną świadomość, że oferty na

umowę ramową będą uwzględniać ceny znacznie wyższe, niż ich rynkowa wartość. Po pierwsze, ponieważ nie sprecyzował w sposób dostateczny przedmiotu zamówienia, po drugie wskazał w toku wyjaśnień, że wykonawcy powinni uwzględnić w cenie szerokie spektrum ryzyk i podać cenę „maksymalną" za realizację zamówienia. Przy jednoczesnym wyliczeniu budżetu własnego na podstawie cen rynkowych. Podkreślił, że ceny w ofercie na umowę ramową w żaden sposób nie przystają do realiów rynkowych, są bowiem wyliczeniem dla abstrakcyjnego przedmiotu zamówienia. Ceny w ofercie na realizację konkretnych zamówień (umów realizacyjnych) będą znacznie niższe, argumentami uzasadniającymi takie stanowisko jest fakt, że na etapie umów realizacyjnych Zamawiający musi doprecyzować zakres zamówienia oraz wskazać konkretne warunki jego realizacji (lokalizację, wolumen transportu, odległość, szczegółowe warunki realizacji konkretnego zamówienia), co umożliwi szczegółowe wyliczenie wartości usług oraz wykonawca z uwagi konkurencję występującą pomiędzy wykonawcami z którymi zostanie zawarta umowa ramowa.

Zamawiający w dniu 08.02.2022 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało

miejsca.

W dniu 17.02.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie zarzutów w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzucił naruszenie art. 255 pkt 3 PZP poprzez jego bezzasadne zastosowanie argumentując to tym, iż w niniejszej sytuacji mamy do czynienia z czynnością dokonaną w ramach postępowania o zawarcie umowy ramowej, a nie postępowaniem o udzielenie konkretnego zamówienia. W związku z czym uznał, iż przepis art. 255 pkt 3 PZP nie ma zastosowania w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej. Pozostawiając na razie na marginesie rozważania o charakterze postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej, należy zwrócić uwagę na inne aspekty. Biorąc pod uwagę, w jakim trybie prowadzone było niniejsze postępowanie, tj. postępowanie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego na zawarcie umowy ramowej, należy wziąć pod uwagę przepisy PZP wymienione poniżej. I tak zgodnie z art. 422 ust. 1 PZP Zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu

ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Podobne brzmienie miał przepis art. 131i ust. 1 poprzedniej ustawy PZP z 29 stycznia 2004 r., (zwaną dalej „PZP z 2004 r."), zatem zarówno orzecznictwo, jak i poglądy doktryny pozostały w tym zakresie aktualne. Odnośnie kwestii odpowiedniego stosowania przepisów odniosę się do treści komentarza do art. 99 PZP z 2004 r., który również nakazywał odpowiednio stosować przepisy innych trybów do postępowania o zawarcie umowy ramowej. Zgodnie z zawartym tam poglądem „Do postępowania o zawarcie umowy ramowej przepisy określające sposób postępowania w tych trybach stosuje się odpowiednio, co oznacza, że można i należy je modyfikować stosownie do potrzeb umowy ramowej." (J. Pieróg „Prawo zamówień publicznych. Komentarz", 14. Wydanie, 2017). Powyższe oznacza, iż wszystkie przepisy dotyczące danego trybu postępowania, od jego wszczęcia do zakończenia należy stosować odpowiednio do postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej. Przy czym ustawa PZP nie zawiera żadnych postanowień, które wyłączałyby stosowanie art. 255, w tym jego pkt 3 do postępowania o zawarcie umowy ramowej. Nadto wyłączenie możliwości zastosowania art. 255 w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej byłoby sprzeczne z założeniem racjonalnego prawodawcy. W jaki sposób bowiem należałoby zakończyć takie postępowanie w sytuacji, gdy nie wpłynęła żadna oferta? Albo gdy wszystkie oferty podlegałyby odrzuceniu? Przepisy nie przewidują innego sposobu zakończenia postępowania w takich przypadkach, jak tylko przez jego unieważnienie. Natomiast zgodnie 254 postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się albo zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnienia postępowania. Nie ma innego sposobu zakończenia postępowania. Niewątpliwym potwierdzeniem powyższych wywodów są orzeczenia KIO oddalające odwołania w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego na zawarcie umowy ramowej. (wyrok KIO z 24.06.2016 r., KIO 967/16, wyrok KIO z 11.01.2012 r., KIO 2777/11). W stanach faktycznych przywołanych orzeczeń Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 PZP z 2004 r. zawierający przesłanki obligatoryjnego unieważnienia postępowania. Odpowiednikiem ww. przepisu w nowej ustawie PZP jest art. 255. Pomimo, iż orzeczenie zapadły w poprzednim stanie prawnym w pełni zachowują aktualność również na kanwie nowej ustawy. Przepisy w zakresie objętym zarzutem nie uległy bowiem istotnej zmianie. Dodatkowo w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 11.01.2012 r. Izba wprost wskazał, iż „Należy bowiem uznać, że celem każdego postępowania także takiego, w wyniku którego zostanie zawarta umowa ramowa jest uzyskanie zamówienia, tudzież w jej konsekwencji możliwość udziału w postępowaniu poprzedzającym zlecenie zadań w ramach umów wykonawczych". Nadto art. 422 ust. 1 PZP wbrew twierdzeniom Odwołującego wprost stanowi, że Zamawiający, udzielając zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, może zawrzeć umowę ramową. Z powyższego jasno wynika, że zawarcie umowy ramowej stanowi udzielenie zamówienia, co oznacza, że postępowanie na zawarcie tej umowy jest postępowaniem o udzielenie zamówienia. Dodatkowo art. 395 ust. 1 PZP stanowi, że do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy działu II PZP, wśród których znajduje się także art. 255. Z powyższego można wyciągnąć nawet taki wniosek, że przepis art. 255 ma zastosowanie w niniejszym postępowaniu wprost. Reasumując, art. 255 pkt 3 PZP ma odpowiednie zastosowanie w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, a zatem zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Twierdzenia i wnioski zawarte powyżej, jak stwierdził Zamawiający, w zasadzie wyczerpują odniesienie się do zarzutu Odwołującego. Z ostrożności jednak odniósł się także do pozostałych kwestii podniesionych w uzasadnieniu odwołania. Zwrócił uwagę, iż ceny wskazane w ofercie na zawarcie umowy ramowej są wprawdzie cenami maksymalnymi, ale stanowią jednocześnie ceny, które Zamawiający musi zaakceptować w przypadku złożenia oferty z taką ceną w postępowaniu na zawarcie umów realizacyjnych. W sytuacji, gdy mamy tylko dwóch oferentów, konkurencja jest niewielka i zachodzi wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia sytuacji, gdy ofertę złoży tylko jeden wykonawca, a jego oferta może zawierać cenę maksymalną. Zamawiający musi wówczas taką ofertę uwzględnić, nawet jeżeli zawiera

cenę maksymalną, która w przypadku Odwołującego wynosi 24 600,00 zł brutto za 1 km transportu. Sam Odwołujący przyznał w odwołaniu, iż „ceny w ofercie na umowę ramową w żaden sposób nie przystają do realiów rynkowych". Gołosłowne i nie zobowiązujące jest przy tym twierdzenie Odwołującego, iż na odcinku 100 km stawka zmaleje blisko 100 razy. Zauważył, iż Odwołujący zaoferował ceny w jednakowej wysokości bez względu na to, czy transport będzie się odbywał na terenie RP, krajów UE czy krajów spoza UE. Odwołujący nie różnicował także cen ze względu na rodzaj przedmiotu transportu (pojazd kołowy lub gąsienicowy, kontener) ani jego tonaż (przedziały poniżej 15 do nawet 70 ton). Powyższe oznacza, iż Odwołujący nie dokonał rzetelnej kalkulacji w niniejszej sprawie i zaoferował ceny „z kapelusza". Przy czym wszelkie wątpliwości, jakie Odwołujący miał do przedmiotu objętego postępowaniem mógł wyjaśnić w jego toku poprzez zadawanie Zamawiającemu pytań lub miał możliwość ich zakwestionowania poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej wobec dokumentów zamówienia (np. SWZ, na czynność Zamawiającego). Na uwagę zasługuje ponadto fakt, iż Zamawiający na etapie postępowania zmierzającego do zawarcia umów realizacyjnych nie może go unieważnić z przyczyny określonej w art. 255 pkt 3 w sytuacji, gdy na etapie zawarcia umowy ramowej zostały określone ceny maksymalne, którymi Zamawiający jest związany.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie złożył w ofertę w postępowaniu, którego celem jest zawarcie umowy ramowej, w wypadku uwzględnienia odwołania ma szanse na zawarcie umowy ramowej.

Skład orzekający Izby , działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, Pytań i odpowiedzi do SWZ - zestaw z 16.12. 2021 r., Komunikatu Publicznego z 28.01.2022 r. o unieważnieniu postępowania, czy też oferty Odwołującego.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego na rozprawie (w celu wykazania nierealności ceny oraz możliwości uzyskania korzystniejszych niższych ofert):

1) Kopie umowy Nr 352/21/TIRW z 22.12.2021 r.;

2) Kopie umowy 54/2022 (Znak sprawy ZP/12/2022) z 12.01.2022 r.;

3) Kopie umowy Nr 38/01/12/22/R z 19.01.2022 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

• art. 255 pkt 3 NPzp poprzez jego bezzasadne zastosowanie, a w konsekwencji unieważnienie postępowania, podczas gdy zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, podczas gdy w niniejszej sytuacji mamy do czynienia z czynnością dokonaną w ramach postępowania o zawarcie umowy ramowej, a nie postępowaniem o udzielenie konkretnego zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu odwołania, Izba uznała że podlega w/w zarzut oddaleniu.

Odnosząc się do istoty postępowania w celu zawarcia umowy ramowej to służy ono wynegocjowaniu warunków przyszłego zamówienia. Inaczej mówiąc: „zawarcie umowy ramowej polega jedynie na ustaleniu warunków przyszłych zamówień, a nie na ich udzieleniu ani nawet na wstępnym ich przyrzeczeniu. Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów złożonego strukturalnie i stopniowo rozwijającego się procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego." (wyrok KIO z 22.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2615/13 KIO 2635/13). Podobnie, wynika z wyroku KIO z 02.06.2014 r. sygn. akt: KIO 985/14 poprzez porównanie definicji umowy ramowej (obecnie art. 7 pkt 26 NPzp) oraz umowy o zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (obecnie art. 7 pkt 25 NPzp), czy też z wyroku KIO 08.08.2018 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1354/18, KIO 1355/18, gdzie stwierdzono, że nie ulega wątpliwości, iż umowa ramowa stanowi umowę zawieraną pomiędzy Zamawiającym a jednym wykonawcą lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie. Umowa ramowa nie ma charakteru zobowiązującego, a jej istotą i celem jest ustalenie przyszłych warunków zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących cen oraz przewidywanych ilości. Niniejsze orzeczenia mimo, że zapadłe w poprzednim stanie prawnym są dalej aktualne. Jednakże, mimo, że postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia sensu stricte, bo za takie jest uważane postępowanie o udzielenie zamówień cząstkowych (realizacyjnych), to biorąc pod uwagę

definicje z art. 7 pkt 18 NPzp należy zauważyć, że jest to mimo wszystko postępowanie prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, prowadzące do wynegocjowania warunków postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, może więc być uznawane jako postępowanie o udzielenie zamówienia sensu largo, jako pierwszy etap, który może doprowadzić finalnie w dalszym etapie do zawarcia umowy realizacyjnej, czyli umowy o zamówienie publiczne.

Jednakże, istotą zarzutu jest kwestia dopuszczalność lub też nie unieważnienia postępowania w celu zawarcia umowy ramowej na podstawie art. 255 pkt 3 NPzp. Należy zauważyć, że w odwołaniu argumentacja operuje jedynie, co prawda art. 255 pkt 3 NPzp, jednakże w istocie neguje w nim zasadniczą możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 NPzp, gdyż nie uznaje postępowania w celu zawarcia umowy ramowej za postępowanie o udzielenie zamówienia. Podczas rozprawy, niejako na skutek odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnił, że w jego ocenie nie należy uważać na podstawie jego odwołania, iż żaden z przepisów art. 255 NPzp nie ma zastosowania do postępowania w celu zawarcia umowy ramowej. W jego ocenie nie ma zastosowanie art. 255 pkt 3 NPzp, gdyż wprost ten artykuł odnosi się do udzielania zamówienia publicznego. Wyjaśnił także, iż zgodnie z art. 311 i art. 422 NPzp należy stosować odpowiednio przepisy, co Zamawiający powinien czynić wprost, modyfikując je albo wcale nie stosując w postępowaniu w celu zawarcia umowy ramowej.

Izba zasadniczo zgadza się tylko co do tego, że w przywołanych przepisach znajduje się stwierdzenie o odpowiednim stosowaniu przepisów, przy czym chodzi o odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących trybów (tak w art. 311, jak i 422 NPzp).

Przy czym w pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie tylko art. 255 pkt 3 NPzp odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia, ale cały art. 255 NPzp: „Zamawiający

unieważnia postepowanie o udzielnie zamówienia, jeżeli: (.)". W konsekwencji twierdzenie Odwołującego, że tylko art. 255 pkt 3 NPzp, gdyż wprost ten artykuł odnosi się do udzielania zamówienia publicznego, jest chybiony.

Odnosząc się zaś do odpowiedniego stosowanie przepisów dotyczących trybów należy przytoczyć za Komentarzem do Prawa Zamówień Publicznych /wersja użytkowa/ Prezesa UZP, w-WA 2021, fragment ze str. 885 - 886 pkt 4 do art. 311: „(.) W art. 311 ust. 1 Pzp ustawodawca posłużył się wyrazami „przepisy dotyczące trybu". Art. 311 ust. 1 Pzp odsyła więc nie tylko do przepisów zawartych w dziale II, rozdziale 3, oddział 1-6 o przetargu nieograniczonym, przetargu ograniczonym, negocjacjach z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnym, partnerstwie innowacyjnym oraz w dziale III, rozdziale 4, oddział 1 i 2 o trybie podstawowym i partnerstwie innowacyjnym, ale do wszystkich przepisów Pzp stosowanych przy udzielaniu zamówień w tych trybach, w tym do przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, opisu przedmiotu zamówienia czy wyboru najkorzystniejszej oferty.

Stosowanie przepisów dotyczących trybów udzielenia zamówienia następuje „odpowiednio", co oznacza konieczność uwzględniania zachodzących różnic. Odpowiednie stosowanie tych przepisów nie ma jednolitego charakteru. Może mieć postać: stosowania pełnego (odpowiednie przepisy są stosowane wprost, bez żadnych zmian w ich dyspozycji do zawarcia umowy ramowej), stosowania ze zmianami dostosowanymi do celu i charakteru umowy ramowej oraz niestosowania w ogóle (przepisy te nie mogą być zastosowane, przede wszystkim ze względu na ich bezprzedmiotowość lub całkowitą sprzeczność z przepisami dotyczącymi umowy ramowej). (...)".

Podobnie w Komentarzu Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 779-780: „3.Odpowiednie zastosowanie przepisów działu II i III PZP. Katalog przepisów właściwych dla prowadzenia postępowania w oparciu o dany tryb nie ogranicza się jedynie do regulacji specyficznych dla samego trybu, ale obejmuje także przepisy wspólne dla wszystkich postępowań, ujęte - odpowiednio do wartości zamówień - w dziale II i III PZP. Dlatego też wszystkie te przepisy znajdą odpowiednie zastosowanie do prowadzenia postępowania mającego na celu zawarcie umowy ramowej." (...) 4. Stanowisko KIO. Dla przykładu można wskazać, że KIO jednoznacznie wskazała na obowiązek odpowiedniego stosowania wszystkich przepisów dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie odpowiedniego stosowania wszystkich przepisów dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, wskazując w szczególności na obowiązek badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny w przypadku postępowań zmierzających do zawarcia umowy ramowej, a także na obowiązek badania oferty w świetle art. 89 ust. i PZP2004 (obecnie art. 226 ust. I PZP- tj. przesłanki odrzucenia ofert). W odniesieniu do badania kwestii rażąco niskiej ceny jest ono o tyle istotne i uzasadnione, że ceny zaoferowane w warunkach umowy ramowej stanowią maksymalne ceny za realizację przyszłych zamówień (KIO w wyr. z 19.1.2017 r., KIO 22/17 Legalis). (.)

Jedynie komentowany przepis (art. 311 PZP) wskazuje ogólne wytyczne, w jaki sposób stosować przepisy działu II i III PZP w celu zawarcia umowy ramowej, a także zakreśla szczególne rygory dotyczące takich umów. (.)".

W rezultacie cały art. 255 NPzp dotyczący unieważnienia postępowania, w tym pkt 3 ma odpowiednie zastosowanie jako znajdujący się w Dziale II, Rozdziale 8 Zakończenie postępowania.

Względem zaś pozostałej argumentacji Odwołującego z odwołania i rozprawy, to konieczne jest zauważenie, za wyrokiem KIO z 30.01.2015 r., sygn. akt: KIO 66/15 nadal aktualnym, że: „(...) w obrocie prawnym może funkcjonować kilka umów ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami bądź jedynym wykonawcą - co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym, gdzie Zamawiający zawarł taką umowę z Odwołującym. Nie można dodatkowo również zakazać Zamawiającemu wszczęcia drugiego postępowania o udzielenie umowy ramowej na tożsamy przedmiot zamówienia i zawarcia umowy ramowej na ten przedmiot zamówienia z tym samym wykonawcą, gdyż przeprowadzenie i zawarcie umowy

w ramach postępowania wykonawczego (ofertowego) nie jest obowiązkiem Zamawiającego,

na co może wskazywać przepis art. 2 pkt 9 lit. a) ustawy Pzp odnoszący się do istoty umowy ramowej, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą (nie muszą) zostać udzielone w ramach indywidualnych potrzeb Zamawiającego.

Wobec powyższego ze względu na specyfikę postępowania o udzielenie umowy ramowej oraz samą konstrukcję prawną umowy ramowej nie można wnioskować, że ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania szczegółowego

(ofertowego), z czym wykonawcy powinni liczyć się przystępując do takiego postępowania,

gdyż jest to ryzyko gospodarcze - które wykonawcy ponoszą zawierając umowę ramową

z Zamawiającym - a wynikające z konieczności pozostawania w gotowości do świadczenia

zamówienia na warunkach określonych w zawartej przez obie strony umowie ramowej.

Należy zauważyć, że umowa ramowa rządzi się innymi zasadami niż zwykłe postępowanie o udzielenie zamówienia - ze względu na cel jaki jej przyświeca - co oznacza, że nie można utożsamiać jej z przyrzeczeniem przeprowadzenia i zawarcia umowy

wykonawczej, gdyż umowa ramowa jest etapem pośrednim, który może - ale nie musi - doprowadzić do udzielenia zamówienia publicznego. (.)". W konsekwencji, Zamawiający działał racjonalnie z punktu widzenia nie tylko swojego interesu, ale także interesu Wykonawców, w tym Odwołującego, gdyż zamiast zawierać umowę ramową, z której nigdy by nie skorzystał albo wszczynać kolejne postępowanie na tożsamy przedmiot zamówienia, wolał unieważnić postępowanie. Polemiczna argumentacji Odwołującego, co do możliwości uzyskania w ramach postępowania lub postępowań na zawarcie umów wykonawczych korzystniejszych cen nic nie zmienia, gdyż Zamawiający nie może sobie pozwolić na zawieranie umów, których ceny maksymalne na poszczególne zadania nie wystarczyłaby nawet na jeden transport (w przypadku oferty Odwołującego). Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązany jest do przestrzegania zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków. Z tych względów musi działać w określonych granicach, tzn. być pewnym, że uzyska cenę w granicach swojego budżetu, a nie mieć tylko taką „nadzieje". Nadto, kwestia tego, że postanowienia SWZ nie były wystarczająco sprecyzowane przez Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, co implikowało konieczność skalkulowania określonego ryzyka, a na etapie postępowań realizacyjnych (wykonawczych) zostanie to dookreślone abstrahuje od tego, że po pierwsze Odwołujący mógł kwestie tą skarżyć na wcześniejszym etapie postępowania, jeśli parametry transportu są zbyt ogólne, tak jak miało to miejsce co do opisu przedmiotu zamówienia np. w wyroku 08.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1354/18, KIO 1355/18: „Biorąc pod uwagę specyfikę umowy ramowej, nieposiadającej charakteru zobowiązującego i dającej możliwość ustalenia w przyszłości warunków zamówienia, należy pamiętać, iż na zamawiającym nadal ciąży obowiązek opisania przedmiotu zamówienia.". Nadto, po drugie, Odwołujący powinien zauważyć, że takie dookreślanie na etapie umów wykonawczych rodzi także określone niebezpieczeństwa. Nie można bowiem przedstawić przyszłych założeń umownych, które przeczyć będą przyjętym zasadom umowy ramowej, w ramach której, każdorazowo, w zależności od potrzeb Zamawiającego, określa się sposób realizacji zamówienia. Opisana sytuacja mogłaby bowiem stanowić wadę postępowania, niweczącą całą przyjętą koncepcję dla zamówienia, która z uwagi na upływ terminu do składania ofert, nie mogłaby zostać naprawiona. (podobnie np. w wyroku KIO z 08.03.2018 r., sygn. akt: KIO 267/18).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego i nakazując Odwołującemu dokonanie zwrotu Zamawiającemu kwoty 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, kosztów strony, tj. noclegu (960 zł) oraz dojazdu na rozprawę (715, 44 zł) na podstawie przedłożonego spisu kosztów.

Przewodniczący: